

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.181/05/3^a Rito: Ordinário
Agravado/Impug.: 40.030115654-56 (Aut.), 40.030115655-29 (Coob.);
40.010114056-60 (Aut.), 40.010115184-56 (Coob.)
Agravante/Impug: Lógica Alimentos Ltda. (Aut.), José Jaime Saldanha (Coob.)
Proc. S. Passivo: Fernando José Dutra Martuscelli (Aut. E Coob.)/Outros
PTA/AI: 01.000146625-81
Inscr. Estadual: 433.164494-0047 (Aut.)
CPF: 648.724.321-34
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA – Desnecessária a perícia requerida, vez que os elementos dos autos são suficientes para o deslinde da questão. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CERVEJA E REFRIGERANTE – ENTRADA, SAÍDA E ESTOQUE DESACOBERTADOS – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – Constatou-se através de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LQFD - que a Autuada promoveu saída, deu entrada, bem como manteve em estoque cervejas e refrigerantes desacobertos de documentação fiscal. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDAS DESACOBERTADAS – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – Constatou-se mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LQFD - que a Autuada promoveu saída e deu entrada a diversos tipos de bebidas, não sujeitas à ST, desacobertas de documentação fiscal. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COBRIGADO - Consta dos autos procuração atribuindo ao Coobrigado a responsabilidade pela administração e gerência da empresa ora Autuada, bem como diversos outros documentos que comprovam ser o Coobrigado o verdadeiro proprietário da empresa autuada, tendo efetivamente praticado atos que concorreram para o não recolhimento do ICMS. Assim sendo, nos termos do art. 124, inciso II do CTN c/c art. 21, inciso XII da Lei 6763/75 deve o mesmo ser mantido no pólo passivo da obrigação tributária.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades apuradas mediante “Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - LQFD”, relativo ao período de 01/01/04 a 19/03/04:

1 – Entrada, saída e manutenção em estoque de cervejas e refrigerantes desacobertos de documentação fiscal, na importância de: R\$ 122.092,17, R\$ 12.956,42 e R\$ 42.931,31, respectivamente;

2 – Entrada e Saída desacobertas de documentação fiscal de aguardente (tributada a 18%), na importância de R\$ 112,07 e R\$ 1.077,06, respectivamente;

3 – Entrada e Saída desacobertas de documentação fiscal de bebidas quentes (tributadas a 25%), na importância de R\$ 4.303,07 e R\$ 35.713,42, respectivamente.

Lavrado em 11/08/04 – Auto de Infração exigindo ICMS, MR e MI (capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6763/75, majorada em 100%). Em relação às saídas desacobertas de documentação fiscal de cervejas e refrigerantes exigiu-se somente multa isolada.

Inconformados, os Sujeitos Passivos apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação (com idêntico teor), às fls. 529/549.

O Fisco reformula de ofício o Auto de Infração (fls. 576), acrescentando dispositivo legal que sustenta a exigência da multa de revalidação (50%) sobre produtos não sujeitos à substituição tributária.

Mediante documentos de fls. 575, 578, 580 a 582 os Sujeitos Passivos são cientificados da reformulação.

O Coobrigado comparece aos autos (fls. 584/599), ratificando posicionamento já externado.

O Fisco se manifesta às fls. 604/612, refutando as alegações dos Impugnantes.

O pedido de prova pericial formulado pelos Impugnantes é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 615.

Inconformados, os Sujeitos Passivos interpõem, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 618/621).

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 626/635, opina, em preliminar pelo não provimento do Recurso de Agravo, bem como pelo não acolhimento das prefaciais argüidas. No mérito, opina pela procedência parcial do Lançamento, para excluir as exigências de ICMS e MR relativas às entradas de aguardente e bebidas quentes desacobertadas de documentação fiscal, mantendo-se as demais exigências formalizadas e a coobrigação imposta.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no Parecer da Auditoria Fiscal, **em parte**, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, **salvo alterações**.

DAS PRELIMINARES:

1) Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pelos Impugnantes, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente sua realização. Os quesitos, postos às fls. 547/549, repetidos às fls. 597/599, se respondidos, em nada contribuiriam ao desfecho da controvérsia, além daquilo que já se acha inserto nos autos; ou não estão afetos à materialidade dos fatos, de forma que impliquem em exame, vistoria ou avaliação, segundo o art. 114 da CLTA/MG.

O pedido tem caráter meramente protelatório, dada sua prescindibilidade.

Não se pode validar a assertiva impugnatória de que a única prova a clarear o feito seria a pericial, até porque o levantamento fiscal empregou as informações dadas pela própria Agravante, conforme Anexo VII do RICMS/02 e, como estoques, o constante do Inventário de 31/12/03 (inicial - fls. 14/16) e um levantamento físico, ocorrido em 19/03/04 (final - fls. 07/13).

A denegação de prova pericial, em tais circunstâncias, não configura cerceamento de defesa.

Destarte, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no art. 116, incisos I e IV, da CLTA/MG.

2) Da incompetência do agente para efetuar o Lançamento

Preâmbulo rotineiro de defesas elaboradas pelo escritório de advocacia contratado pela Impugnante é a alegação de nulidade do AI, a pretexto de que o fiscal atuante não possui formação superior contábil e, por conseqüência, não se acha capacitado a produzir o lançamento.

Se de outras vezes não logrou sucesso, desta não será diferente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Decreto-Lei invocado pela Impugnante (9.205/46) apenas criou o Conselho Federal de Contabilidade e definiu as atribuições do Contador e do Técnico em Contabilidade.

O próprio CTN, no art. 194, prescreve que a legislação tributária é quem deve regular a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Eis que a Lei 6.763/75, em seu art. 201, estabelece a competência para fiscalizar:

Art. 201 - A fiscalização tributária compete à Secretaria da Fazenda, por intermédio dos seus funcionários fiscais e, supletivamente, em relação às taxas judiciárias, à autoridade judiciária expressamente nomeada em lei.

§ 1º - Compete exclusivamente aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais e aos Fiscais de Tributos Estaduais o exercício das atividades de fiscalização e de lançamento do crédito tributário.

Não se conhece qualquer dispositivo legal que atribua a competência de fiscalizar e efetuar o lançamento de tributo de ofício a contabilista ou que a restrinja a servidor fiscal com formação superior em Ciências Contábeis.

A investidura em cargo público efetivo depende de aprovação em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo, na forma prevista em lei. Logo, é a lei do Estado de competência para instituir e cobrar o tributo que prescreve quais requisitos são necessários ao servidor competente para o exercício da atividade fiscalizatória e de lançamento de crédito tributário. Além do mais, não se olvide a disposição do CTN (art. 142) que atribui competência privativa à autoridade administrativa para constituir o crédito tributário pelo lançamento. Na mesma linha seguem: o art. 188 do RICMS; art. 45, § 2º da CLTA/MG.”

Ademais, tendo sido as irregularidades apuradas mediante técnica fiscal baseada em princípios matemáticos – LQFD, não se faz necessária a formação em curso de Ciências Contábeis para utilizá-lo, posto que tal levantamento consiste em apurar a movimentação diária havida no estabelecimento, através de dados lançados na própria escrita fiscal da empresa e, no vertente caso, extraídos também da contagem física de mercadorias em estoque.

Rejeita-se, portanto, a argüição de nulidade AI suscitada sob este fundamento.

3) Do preenchimento do TIAF e do RUDFTO

Não tendo, os Impugnantes, encontrado elementos robustos a invalidarem o Lançamento, ativaram-se a perquirir sobre fictas irregularidades que teriam ocorrido na fase preparatória do AI, e que estariam a determinar-lhe a nulidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Argüem a nulidade do TIAF e conseqüentemente dos atos que o sucederam, face a ausência da hora de início da ação fiscal, bem como por não especificar os documentos empregados no trabalho fiscal. Acrescentando, ainda que não constou no RUDFTO, a hora de início dos trabalhos de fiscalização.

Entretanto, basta verificar à fl. 2 dos autos para se provar que a alegação improcede. Além dos livros ali assinalados, há menção específica ao Mandado de Busca e Apreensão de CDs, disquetes e CPUs, no caso de impossibilidade de extração de cópias (fls. 508).

Insta observar que o Fisco requisitou ordem judicial para poder buscar elementos para a fiscalização e o Lançamento, ante dificuldades opostas pelo fiscalizando, que ora se arvora em detentor de direito ao fiel cumprimento de formalidades por parte do Fisco.

O TIAF, consonante art. 51 da CLTA/MG, presta-se a notificar ao Sujeito Passivo do início da ação, bem assim para requisitar entrega de livros, documentos e demais elementos. Não determina, citado dispositivo, que sejam apenas aqueles diretamente empregados na apuração de irregularidade.

A ausência de registro de hora de início dos trabalhos no TIAF e RUDFTO, não nulifica o procedimento. Na verdade, não fosse o TIAF, o que poderia ocorrer seria a prorrogação do prazo para oferecimento de denúncia espontânea.

Salienta-se que o próprio signatário do TIAF inseriu neste documento a data e hora que o recebeu.

Assim sendo, não há se falar em nulidade do AI ou cerceamento de defesa.

DO MÉRITO:

Trata-se de autuação fundada na apuração de entradas, estoque e saída desacobertados de cerveja e refrigerante no estabelecimento, entrada e saída de aguardente e bebidas quentes também a descoberto, no período de 01/01/04 (Inventário) até 19/03/04 (data de contagem física de estoques), através de levantamento quantitativo efetuado com utilização de dados informados em arquivos magnéticos transmitidos pelo Contribuinte, conforme Anexo VII do RICMS/02. Estão sendo exigidos ICMS, MR e MI, conforme discriminado no Relatório.

Embora inicialmente, mas com caráter meritório, a teor do art. 142 do CTN, tem-se examinar a responsabilidade solidária do **Sr. José Jaime Saldanha** pelo crédito tributário constituído.

O Impugnante/Coobrigado intenta afastar a coobrigação, que tem caráter de responsabilização solidária, para admitir tão só a subsidiária, do art. 134 do CTN. Alega, outrossim, que para aplicação do art. 135 do CTN, apenas o Judiciário pode fazê-lo, pois que haveria necessidade de descaracterização da personalidade jurídica. Assegurando que a inexistência ou a não-plenitude do direito de propriedade dos sócios

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sobre as quotas de capital não se presume, nos termos do art. 1.231 do Código Civil. Acrescentando que os sócios da empresa autuada são outras pessoas.

Entretanto, pelo que se colhe dos autos, a empresa autuada é constituída em nome de “laranjas”, o que fica bem evidenciado no relatório inserto nos autos às fls. 411/414.

Formalmente são sócios da Autuada, conforme cadastro da SEF, doc. de fls. 416: a Sra. Aparecida Fonseca Santos (detentora de 5% das cotas de capital) e o sócio majoritário, detentor de 95% das cotas de capital o **Sr. Manoel Aldair Santos** (vaqueiro e entregador de feiras de estabelecimento comercial do próprio irmão), com renda anual declarada de R\$6.200,00 em 2003, porquanto o patrimônio da empresa seja superior a R\$1.500.000,00, com previsão de investimento em materiais da ordem de R\$514.000,00 e em veículos de R\$870.000,00, em 2004.

Preditos sócios formais outorgaram procuração para o Coobrigado, dono da **CNN TRANSPORTES**, com 54 caminhões cedidos em arrendamento à Autuada, para gerir todos os negócios, de acordo com fls. 437 e atos praticados sob sua gestão (como exemplos: contrato firmado para exclusividade de distribuição de cerveja junto ao Fornecedor; recebimentos e acertos, faturamentos, negociação de preços etc. - fls. 452/469).

Não resta dúvida de que o Coobrigado, **Sr. José Jaime Saldanha**, seja em verdade o proprietário de fato da empresa (ou sócio oculto).

De acordo com art. 135 do CTN, o mandatário responde pessoalmente por créditos tributários resultantes de atos praticados com infração de lei. No caso em exame, não se trata de mera inadimplência, mas de infração legal e regulamentar, correspondente a aquisições de mercadorias sem notas fiscais e sem pagamento do imposto, o que caracteriza não só infração de natureza tributária, mas penal tributária, pois que contribui para com o não pagamento de tributo.

Se esse Coobrigado, proprietário oculto, geria toda a empresa, responde, obviamente, pelos atos lesivos ao erário estadual.

Todavia, mais que mandatário, o que não passa de fachada, o Coobrigado responde com a pessoa jurídica, enquanto titular de fato.

Ademais, dispõem o art. 121 do CTN e art. 21, inciso XII da Lei 6763/75:

“Art. 121 - Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único - O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, **sua obrigação decorra de disposição expressa em lei.**" (gn)

"Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

...

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes."

Frente aos elementos carreados aos autos, impõe-se inferir correta responsabilização do Coobrigado, uma vez que seus atos concorreram para o não recolhimento do tributo.

Quanto ao trabalho de apuração da irregularidade e valores, ou seja, ao levantamento em si, não há dificuldades em se de entendê-lo. O fisco tomou as informações transmitidas à SEF, conforme Anexo VII do RICMS/02, para efeito de levantar as entradas e saídas de cada mercadoria. Confrontou-as com os correspondentes estoques, inicial (inventário de 31/12/03 - fls. 14/16) e final (levantamento físico, ocorrido em 19/03/04 - fls. 07/13).

Relativamente às entradas e estoque desacobertado de cervejas e refrigerantes, produtos sujeitos à substituição tributária, adotando como base de cálculo os valores apurados pelo LEQFID, exigiu ICMS (18%) e MR em dobro, conforme determina o art. 56, § 2º, III, da Lei 6763/75. Procedimento este correto, donde impropriedade de alegação de erro, posta na Impugnação. Com referência às saídas desacobertadas de tais produtos (R\$12.956,42), como se presume que as aquisições tenham se dado acobertadamente e com imposto retido, cobrou-se apenas MI.

Com referência aos demais produtos (aguardente e bebidas quentes), o Fisco detectou entradas e saídas sem notas, como se pode ver às fls. 22. Exigindo, corretamente, (ICMS - 18% e 25%; MR - 50% e MI -40%).

Importante frisar que o ICMS e MR exigidos, neste caso, referem-se às operações praticadas pelos fornecedores com a Autuada, as quais se deram desacobertadas de documentação, fato que justifica a responsabilidade da adquirente/Atuada pelo pagamento do tributo não pago pelos fornecedores, conforme preceitua o art. 21, inciso VII da Lei 6763/75, a seguir transcrito.

"Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

...

VII - a pessoa que, a qualquer título, recebe, **dá entrada** ou mantém em estoque mercadoria sua ou de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

terceiro, **desacobertada de documentação fiscal;**"
(*gn*)

Legítima, também, a Multa Isolada, 40% sobre o valor das entradas, saídas e estoque, nos termos do art. 55, II, da lei 6763/75. A redução a 20% só é cabível quando a irregularidade se apura exclusivamente através do exame de livros e documentos da escrita comercial e fiscal do contribuinte. No caso em exame, houve contagem física de estoque em 19/03/04, que foi inclusive considerado o estoque final, para efeito do levantamento.

Relativamente às alegações contidas na peça defensiva acerca da não aplicação da majoração da MI em relação ao Coobrigado, vale frisar que, os elementos constantes dos autos demonstraram que a Autuada é reincidente na prática das infrações apontadas no AI, bem como comprovam a propriedade oculta da empresa, por parte do Coobrigado (Sr. José Jaime Saldanha), razão pela qual este responde integralmente pelo crédito tributário exigido, inclusive pela majoração da MI.

Vale observar, por derradeiro, que o vertente AI foi lavrado com observância das disposições contidas no art. 58 da CLTA/MG (Dec. 23.780/84), sendo pertinentes à acusação fiscal os dispositivos legais citados como infringidos, contrariamente ao alegado pelos Impugnantes.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo. Ainda em preliminar, também à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o Lançamento. Vencidos, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) e o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, que o julgavam parcialmente procedente, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros retro referidos e o Conselheiro José Eymard Costa. Pelas Impugnantes/Agravantes, sustentou oralmente o Dr. Fernando José Dutra Martuscelli e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes.

Sala das Sessões, 28/09/05.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta/Relatora